

VU Research Portal

Case note: ABRvS 23 oktober 2019, RSV 2020/22 (Kinderopvangtoeslag, toekennen recht, maatwerk)

Huisman, Pim; Jak, Niels

2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Huisman, P., & Jak, N., (2020). *Case note: ABRvS 23 oktober 2019, RSV 2020/22 (Kinderopvangtoeslag, toekennen recht, maatwerk)*, No. ECLI:NL:RVS:2019:3535, 13 p., Oct 23, 2019. (RSV- Rechtspraak Sociale Verzekeringen; Vol. 2020, No. 1). <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D2DE6B&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

7. De Afdeling ziet geen aanleiding tot definitieve geschilbeslechting. Het is eerst aan de Belastingdienst/Toeslagen om te beoordelen hoe hij de thans gewijzigde jurisprudentie wil gaan toepassen. Om de Belastingdienst/Toeslagen in staat te stellen zich hier goed over te beraden, zal de Afdeling de dienst een termijn van 26 weken geven om het nieuwe besluit op bezwaar te nemen.

8. Het ligt op de weg van de Belastingdienst/Toeslagen te bepalen hoe hij om zal gaan met andere gevallen waarin hij eerder heeft beslist over de terugvorderingen.

Judiciële lus

9. Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het nieuwe besluit van de Belastingdienst/Toeslagen slechts bij haar beroep kan worden ingesteld. Als [appellante] het niet eens is met het nieuwe besluit op bezwaar, hoeft zij niet eerst in beroep bij de rechtbank, maar mag zij meteen in beroep komen bij de Afdeling.

Proceskosten

10. De Belastingdienst/Toeslagen dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 22 februari 2018 in zaak nr. 17/3110, voor zover het beroep over het berekeningsjaar 2010 hierin ongegrond is verklaard;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep in zoverre gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de Belastingdienst/Toeslagen van 24 maart 2017, kenmerk BOB OH, in zoverre;

V. draagt de Belastingdienst/Toeslagen op om binnen 26 weken na verzending van deze uitspraak een nieuw besluit te nemen en dit besluit bekend te maken;

VI. bepaalt dat tegen het door de Belastingdienst/Toeslagen te nemen nieuwe besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;

VII. veroordeelt de Belastingdienst/Toeslagen tot vergoeding van bij [appellante] in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.024,00 (zegge: duizendvierentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VIII. gelast dat de Belastingdienst/Toeslagen aan [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 253,00 (zegge: tweehonderd drieënvijftig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

RSV 2020/22

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

23 oktober 2019, nr. 201900753/1/A2

(Mrs. J.A. Hagen, H.G. Sevenster, B.P.M. van Ravels)
m.nt. mr. E.J.E. Groothuis, P.J. Huisman, N. Jak

Art. 16, 21a Awir; art. 3:4 Awb; art. 1.7, 1.52 Wko

V-N Vandaag 2019/2324

NJB 2019/2369

V-N 2019/52.20

ABkort 2019/516

ECLI:NL:RVS:2019:3535

Belastingdienst/Toeslagen mag kinderopvang-toeslag proportioneel gaan toekennen. Afdeling 'om'.

In geschil is de kinderopvangtoeslag 2014 en 2015 waarvan niet is aangetoond dat de belanghebbende de kosten volledig heeft betaald. Dat is al door de Afdeling bevestigd. Belanghebbende vraagt desondanks om herziening omdat ze meent dat wel alle kosten zijn voldaan. Er is voor de bewuste jaren nog geen definitieve toekenning, wat betekent dat de herziening niet op grond van art. 21a Awir hoeft te worden beoordeeld omdat de Belastingdienst/Toeslagen op grond van artikel 16, vijfde lid van de Awir een voorschot altijd kan herzien. Belanghebbende heeft niet aangetoond dat de kosten over 2014 en 2015 volledig zijn voldaan wat heeft geleid tot geen recht en terugvordering van de uitbetaalde toeslagen. De Afdeling beschrijft in de uitspraak uitgebreid haar vaste jurisprudentie met betrekking tot de kosten kinderopvang en de uitzonderingen die daarop bestaan zoals afrondingsverschillen, een betalingsregeling en onterecht niet opschorten. Toepassing van die jurisprudentie zou in dit geval leiden tot geen recht. Belanghebbende heeft in dit geval een aanzienlijk deel van de kosten voldaan en haar kind heeft ook opvang genoten. Terugvordering van het hele bedrag aan toeslag zal langdurig grote gevolgen hebben voor haar gezin. De Afdeling komt terug op de eerder vermelde jurisprudentie. De Afdeling komt vervolgens tot een uitleg van artikel 1.7 Wko waarbij uit deze bepaling, op zichzelf en in samenhang met artikel 1.52, eerste lid, wordt afgeleid dat de Belastingdienst/Toeslagen wettelijk gezien ruimte heeft om ook een recht op kinder-

opvangtoeslag vast te stellen als de aanvrager een deel van de kosten van kinderopvang heeft voldaan. Dit brengt mee dat, anders dan de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in de uitspraak van 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610), de Belastingdienst/Toeslagen bij de bepaling van het recht op voorschotten kinderopvangtoeslag kan beoordelen welk bedrag aan kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld indien een deel van de kosten is betaald. Bij deze beordeling moet de Belastingdienst/Toeslagen ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Awb de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afwegen. Daarbij mogen, ingevolge het tweede lid van artikel 3:4 van de Awb, de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Op dit geval betrokken betekent dit dat de Belastingdienst/Toeslagen onvoldoende heeft gemotiveerd waarom hij geen aanleiding heeft gezien de voorschotten over 2014 en 2015 te herzien.

Uitspraak op het hoger beroep van:

[Appellante],
tegen

De uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 21 december 2018 in zaak nr. 17/6910 in het geding tussen:

[Appellante],
en

De Belastingdienst/Toeslagen.

Procesverloop

Bij besluit van 16 augustus 2017 heeft de Belastingdienst/Toeslagen het verzoek van [appellante] om herziening van haar voorschot kinderopvangtoeslag over 2014 en 2015 afgewezen.

Bij besluit van 7 november 2017 heeft de Belastingdienst/Toeslagen het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 21 december 2018 heeft de rechtbank het door [appellante] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 7 november 2017 vernietigd en de rechtsgevolgen van dat besluit in stand gelaten. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De Belastingdienst/Toeslagen heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

[appellante] heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 28 augustus 2019, waar [appellante] en de Belastingdienst/Toeslagen, vertegenwoordigd door drs. E.J.E. Groothuis, zijn verschenen.

Na het sluiten van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling het onderzoek heropend en de zaak verwezen naar een meervoudige kamer.

Met toestemming van partijen is een nadere zitting achterwege gelaten, waarna de Afdeling het onderzoek heeft gesloten.

Overwegingen

Voorgeschiedenis

1. [appellante] heeft voorschotten kinderopvangtoeslag ontvangen voor de opvang van haar zoon bij [kinderdagverblijf] in 2014 en 2015. Bij besluiten van 21 mei 2015 en 5 juni 2015 heeft de Belastingdienst/Toeslagen de voorschotten kinderopvangtoeslag voor [appellante] over deze jaren herzien en op nihil gesteld. Bij besluit van 14 november 2015 heeft de Belastingdienst/Toeslagen de door [appellante] tegen voornoemde besluiten gerichte bezwaren ongegrond verklaard omdat [appellante] niet heeft aangetoond dat zij de volledige kosten van kinderopvang over 2014 en 2015 heeft betaald. Bij uitspraak van 14 juli 2016 heeft de rechtbank het door [appellante] tegen laatstgenoemd besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard. De Afdeling heeft het hiertegen ingestelde hoger beroep van [appellante] bij uitspraak van 24 mei 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1366) ongegrond verklaard en de uitspraak van de rechtbank bevestigd.

Herziening

2. [appellante] heeft de Belastingdienst/Toeslagen op 6 juli 2017 verzocht haar voorschot kinderopvangtoeslag over 2014 en 2015 te herzien. De Belastingdienst/Toeslagen heeft dit verzoek afgewezen bij het besluit van 16 augustus 2017, gehandhaafd bij besluit van 7 november 2017. De Belastingdienst/Toeslagen heeft ook nu aan zijn besluitvorming ten grondslag gelegd dat [appellante] niet heeft aangetoond dat zij de opvangkosten over 2014 en 2015 (tijdig) volledig heeft betaald.

Het wettelijk kader

3. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

De uitspraak van de rechtbank

4. De rechtbank heeft geoordeeld dat het verzoek om herziening terecht is afgewezen. Het indienen van een op artikel 21a van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: de Awir) gebaseerd verzoek om herziening was niet mogelijk omdat de kinderopvangtoeslag voor de berekeningsjaren 2014 en 2015 nog niet definitief was vastgesteld. Omdat dit niet aan het besluit op bezwaar ten grondslag is gelegd, heeft

de rechtbank geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen op basis van een onjuiste motivering is gekomen tot afwijzing van het herzieningsverzoek, maar de rechtbank heeft de rechtsgevolgen van het om die reden vernietigde besluit in stand gelaten.

Het hogerberoepschrift

5. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het verzoek om herziening terecht is afgewezen. Zij voert hiertoe aan dat zij heeft aangetoond dat zij de kosten voor kinderopvang over 2014 en over 2015 tot en met mei 2015 volledig heeft voldaan.

Kon [appellante] een verzoek om herziening doen?

6. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in de uitspraak van 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:773) kan de Belastingdienst/Toeslagen een voorschot herzien op grond van artikel 16, vijfde lid, van de Awir, zolang de tegemoetkoming niet is vastgesteld en toegekend.

Toen [appellante] bij brief van 6 juli 2017 verzocht om herziening van haar voorschot kinderopvangtoeslag over 2014 en 2015 was de kinderopvangtoeslag voor [appellante] over deze jaren nog niet definitief berekend en vastgesteld. Ter zitting is gebleken dat ook nu nog geen definitieve berekening en vaststelling over deze jaren heeft plaatsgevonden. Daarnaast blijkt uit de brief van 6 juli 2017 niet dat het verzoek van [appellante] is gebaseerd op artikel 21a van de Awir. Dit betekent, zoals de Belastingdienst/Toeslagen ter zitting ook heeft erkend, dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat een verzoek om herziening in dit geval niet mogelijk was.

7. Gelet hierop heeft de rechtbank ten onrechte niet beoordeeld of de Belastingdienst/Toeslagen het verzoek om herziening van [appellante] terecht heeft afgewezen omdat zij niet heeft aangetoond dat zij de kosten (tijdig) volledig heeft voldaan.

Heeft [appellante] aangetoond dat zij de kosten volledig heeft voldaan?

Berekeningsjaar 2014

7.1. Vaststaat dat [appellante] in 2014 € 15.769,00 aan kosten voor kinderopvang heeft gehad en dat de Belastingdienst/Toeslagen zelf een bedrag van € 12.635,00 direct aan [kinderdagverblijf] heeft overgemaakt. Niet in geschil is dat [appellante] een bedrag van € 959,70 per bank heeft betaald aan [kinderdagverblijf]. Daarnaast heeft [appellante] kwitanties overgelegd van door haar gestelde contante betalingen. De Belastingdienst/Toeslagen stelt zich echter terecht op het standpunt dat onverklaard blijft

waarom deze kwitanties - die deels afwijken van eerder overgelegde kwitanties - niet eerder zijn overgelegd en dat deze bovendien niet worden ondersteund door bankafschriften waaruit blijkt van corresponderende geldopnames. De Belastingdienst/Toeslagen heeft de kwitanties dan ook niet als bewijs van de door [appellante] gestelde contante betalingen hoeven accepteren.

Dit betekent dat [appellante] van het totaalbedrag aan kosten van € 15.769,00 voor kinderopvang over 2014 een bedrag van € 2.174,30 niet heeft aangetoond te hebben voldaan.

Berekeningsjaar 2015

7.2. Vaststaat dat [appellante] in 2015 € 15.937,00 aan kosten voor kinderopvang heeft gehad. De Belastingdienst/Toeslagen heeft een bedrag van € 4.919,00 direct aan [kinderdagverblijf] overgemaakt. Daarnaast is niet in geschil dat [appellante] met de door haar overgelegde bankafschriften een bedrag van € 3.002,00 heeft verantwoord. Voor het overige heeft zij, afgezien van betalingen op 10 april 2017 van in totaal € 120,00, welke betalingen de dienst terecht buiten beschouwing heeft gelaten, geen betalingsbewijzen overgelegd.

Dit betekent dat [appellante] van het totaalbedrag aan kosten van € 15.937,00 voor kinderopvang over 2015 een bedrag van € 8.016,00 niet heeft aangetoond (tijdig) te hebben voldaan.

Heeft de omstandigheid dat [appellante] niet heeft aangetoond dat zij de kosten volledig heeft betaald als gevolg dat zij in het geheel geen recht heeft op voorschotten kinderopvangtoeslag?

8. Voor zover [appellante] betoogt dat het niet redelijk is dat de Belastingdienst/Toeslagen heeft besloten dat zij - ondanks dat zij en haar partner hebben gewerkt, hun zoon naar de opvang is gegaan en zij kosten heeft voldaan - in het geheel geen recht heeft op voorschotten, overweegt de Afdeling als volgt.

De jurisprudentie van de Afdeling

Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (uitspraak van 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2829) volgt uit artikel 18 van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, gelezen in verbinding met artikel 1.7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (hierna: de Wko), dat degene die kinderopvangtoeslag ontvangt moet kunnen aantonen dat hij kosten voor kinderopvang heeft betaald en wat de hoogte daarvan is.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling moet, om voor kinderopvangtoeslag in aanmerking te komen, worden aangetoond dat het gehele bedrag aan kosten dat blijkt van de gemaakte afspraken over kinderopvang over een jaar verschuldigd is, daadwerkelijk is betaald. Indien een

deel van de kosten aantoonbaar is voldaan, kan geen aanspraak worden gemaakt op een lagere tegemoetkoming (zie bijvoorbeeld de uitspraken van 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1114 en 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610). De Afdeling heeft daarbij geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de Wko hem geen ruimte biedt bij de vaststelling van een voorschot kinderopvangtoeslag, tegemoetkoming of terugvordering rekening te houden met dat deel van de kosten dat wel aantoonbaar is betaald. Voor zover rechtbanken tot een ander oordeel kwamen, heeft de Afdeling deze uitspraken vernietigd.

8.2. Op de hiervoor beschreven hoofdregel bestaat een aantal uitzonderingen.

8.3. Zo gaat de dienst er bij afrondingsverschillen, dat wil zeggen bij kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, van uit dat alle kosten van kinderopvang zijn voldaan (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:773). Hetzelfde geldt in het geval dat gegevens bij de vraagouder zijn opgevraagd, deze zijn overgelegd en vervolgens bij de Belastingdienst/Toeslagen een langere periode (minimaal drie jaar) zijn blijven liggen zonder vervolgstappen van de dienst. De eventueel daardoor ontstane bewijsnood van de vraagouder wordt de ouder niet tegengeworpen.

In het geval het totale bedrag aan voorschotten hoger was dan de totale kosten van kinderopvang, is geen sprake van een afrondingsverschil als hiervoor bedoeld (uitspraak van 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137), maar dat laat onverlet dat onder bepaalde omstandigheden sprake kan zijn van een zodanig klein verschil dat de Belastingdienst/Toeslagen niet kan tegenwerpen dat de kosten in dit geval niet zijn voldaan (uitspraak van 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333).

8.4. De Belastingdienst/Toeslagen aanvaardt de kosten van kinderopvang ook indien zij niet ten tijde van de opvang of kort daarna zijn gemaakt, mits aannemelijk wordt gemaakt dat tijdige voldoening niet mogelijk was en een door partijen overeengekomen uitstel van de voldoening tijdig aan hem wordt doorgegeven en binnen een redelijke termijn de kosten alsnog worden voldaan.

8.5. Verder kan in gevallen waarin de Belastingdienst/Toeslagen de voorschotten lopende het toeslagjaar heeft stopgezet, terwijl de opvang wel doorliep en de dienst bij de stopzetting van het voorschot niet de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht en in strijd met de voor opschorting geldende regels heeft gehandeld, een uitzondering worden gemaakt op de regel dat de kosten voor het hele jaar moeten zijn voldaan. Dit leidt er

in zo'n geval toe dat over de periode vóór de stopzetting en over de periode ná de stopzetting afzonderlijk moet worden bezien of is voldaan aan de voorwaarden om voor kinderopvangtoeslag in aanmerking te komen (uitspraak van 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589). Om in zo'n geval ook aanspraak te hebben over het gedeelte van het berekeningsjaar na het tijdstip van de stopzetting, is het voldoende dat is aangetoond dat tijdig uitstel van betaling is verkregen, dat sprake is van betalingsonmacht en dat het bedrag dat voor eigen rekening komt wel tijdig is betaald (uitspraak van 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:806).

Toepassing van deze jurisprudentie in de onderhavige zaak

8.6. Voor beide jaren zou toepassing van deze jurisprudentie betekenen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt stelt dat [appellante] geen recht heeft op voorschotten kinderopvangtoeslag. Zij heeft immers voor een groot deel van de kosten niet aangetoond dat zij deze heeft voldaan en niet is gebleken dat tijdige voldoening niet mogelijk was. In hetgeen [appellante] naar voren heeft gebracht, is bovendien geen grond gelegen om aan te nemen dat zij onder één van de in overweging 8.3 en volgende opgenomen uitzonderingen valt.

8.7. Dit zou betekenen dat [appellante] - hoewel zij een aanzienlijk deel van de kosten heeft voldaan en niet in geschil is dat haar kind opvang heeft genoten - in het geheel geen recht heeft op voorschotten kinderopvangtoeslag over de jaren 2014 en 2015. Dit zou bovendien als gevolg hebben dat zij alle door haar ontvangen voorschotten moet terugbetalen, waarmee zij aanzienlijk meer moet terugbetalen dan het bedrag aan kosten dat zij niet aantoonbaar heeft betaald. Ook kan dit betekenen dat het terug te betalen bedrag wordt verrekend met eventueel nog te ontvangen voorschotten. Dit kan langdurig grote gevolgen hebben voor [appellante] en haar gezin.

De Afdeling komt terug van de eerdere jurisprudentie

8.8. Hoewel de jurisprudentie als samengevat onder 8.1. bestendig is, heeft de Afdeling aanleiding gezien om dat oordeel te heroverwegen en thans tot het hierna vervatte oordeel te komen (zie ook de uitspraak van vandaag, ECLI:NL:RVS:2019:3536). Daartoe is het volgende van belang.

8.9. Zoals hiervoor is overwogen, heeft de Afdeling tot nu het standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen gevolgd dat om voor kinderopvangtoeslag in aanmerking te komen moet worden aangetoond dat het gehele bedrag aan kosten

dat over een jaar verschuldigd is daadwerkelijk is betaald.

8.10. Onder 8.7. is vastgesteld dat dit vergaande consequenties kan hebben voor [appellante]. Door het grote aantal vergelijkbare zaken dat in de loop der jaren aan de Afdeling is voorgelegd, zijn de ernst en omvang van de financiële gevolgen van de jurisprudentie als hiervoor beschreven in meerdere gevallen kenbaar geworden. Het is de Afdeling in deze periode niet gebleken dat dergelijke gevolgen in ernst of omvang zijn afgenomen. Deze zaak staat dus niet op zichzelf. Verschillende publicaties bevestigen dat gezinnen in situaties zoals hier aan de orde in grote financiële problemen terecht kunnen komen. De Afdeling wijst in dat verband op de publicatie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (hierna: de WRR), 'Eigen schuld? Een gedragswetenschappelijk perspectief op problematische schulden' (WRR-Verkenning, nr. 33 van 30 juni 2016) en naar het rapport van de Nationale Ombudsman van 9 augustus 2017, 'Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag'. Daarnaast wijst de Afdeling op het rapport van de WRR 'Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid' (WRR-rapport nr. 97 van 24 april 2017).

8.11. In artikel 1.7, eerste lid, van de Wko is bepaald dat de hoogte van de tegemoetkoming afhankelijk is van de draagkracht en de hoogte van de kosten van kinderopvang in het berekeningsjaar. In het licht van het voorgaande komt de Afdeling thans tot een uitleg van die bepaling waarbij uit deze bepaling, op zichzelf en in samenhang met artikel 1.52, eerste lid, wordt afgeleid dat de Belastingdienst/Toeslagen wettelijk gezien ruimte heeft om ook een recht op kinderopvangtoeslag vast te stellen als de aanvrager een deel van de kosten van kinderopvang heeft voldaan. Dit brengt mee dat, anders dan de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in de uitspraak van 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610), de Belastingdienst/Toeslagen bij de bepaling van het recht op voorschotten kinderopvangtoeslag kan beoordelen welk bedrag aan kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld indien een deel van de kosten is betaald. Bij deze beoordeling moet de Belastingdienst/Toeslagen ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afwegen. Daarbij mogen, ingevolge het tweede lid van artikel 3:4 van de Awb, de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

8.12. In vergelijkbare zaken waarin het nadere voorschot of de definitieve berekening op nihil is

gesteld, heeft de Afdeling aan de Belastingdienst/Toeslagen gevraagd wat de reden ervan is dat dergelijke ingrijpende consequenties worden verbonden aan het niet aantonen van volledige betaling van de gestelde kosten. De Belastingdienst/Toeslagen heeft, samenvattend weergegeven, allereerst geantwoord dat een andere benadering ertoe zou leiden dat aanvragers - gevraagd naar de daadwerkelijke kosten - in de verleiding zullen komen te hoge kosten van opvang op te geven. Wanneer het gevolg van te hoge opgave niet langer zou zijn dat toeslag geheel wordt geweigerd, kunnen aanvragers het erop aan laten komen of controle plaatsvindt. Vindt deze niet plaats, dan ontvangen zij een te hoge toeslag, gerelateerd aan de te hoog opgegeven kosten. Vindt controle wel plaats, dan zou in een andere dan de gevolgde benadering bijstelling naar een lager toeslagbedrag plaatsvinden, waarmee de stimulans om correcte opgave te doen zou komen te ontbreken. De Afdeling kan de gedachtegang van de Belastingdienst/Toeslagen op zichzelf volgen, maar is van oordeel dat deze niet moet leiden tot het meest vergaande gevolg dat geen enkele aanspraak op toeslag bestaat als vaststaat dat een gedeelte van de kosten wel is betaald.

De Belastingdienst/Toeslagen heeft ter verdediging van haar huidige lijn daarnaast aangevoerd dat kinderopvangtoeslag is bedoeld als tegemoetkoming en dat de aanvrager dus steeds een deel van de kosten, aangeduid als eigen bijdrage, zelf moet betalen. Als gekozen zou worden voor een "toekenning naar evenredigheid" zou dit de kans verkleinen dat de aanvrager de eigen bijdrage betaalt, aldus de Belastingdienst/Toeslagen. De Afdeling onderschrijft dat de regeling van de kinderopvangtoeslag veronderstelt dat altijd een gedeelte van de kosten door de aanvrager zelf wordt gedragen. De vrees dat als de Belastingdienst/Toeslagen op een te hoge kostenopgave niet langer zou reageren met een nihilstelling, dit zal leiden tot een toename van gevallen waarin de eigen bijdrage niet wordt betaald, deelt de Afdeling evenwel niet. Immers, ook wanneer de definitieve berekening geschiedt aan de hand van de aangetoonde kosten, brengt de berekenings-systematiek mee dat de aanspraak op kinderopvangtoeslag de kosten niet volledig zal dekken en dat dus een deel van de kosten voor rekening van de aanvrager komt. Als het voorschot het uiteindelijke toeslagbedrag overschrijdt, leidt dit tot een vordering van de Belastingdienst/Toeslagen op de aanvrager.

De Belastingdienst/Toeslagen heeft er ook op gewezen dat een te hoog aangevraagd en toegekend voorschot het niet wenselijke gevolg kan hebben dat de daadwerkelijk gemaakte lagere kosten hieruit volledig kunnen worden voldaan.

Deze constatering is juist, maar staat los van de kwestie die aan de orde is, te weten de vraag welk gevolg dient te worden verbonden aan het niet aantonen van volledige betaling van de kosten die zijn opgegeven in de fase waarin de Belastingdienst/Toeslagen overgaat tot definitieve berekening van de toeslag. Ook bij voortzetting van de huidige werkwijze door de Belastingdienst/Toeslagen bestaat altijd het risico dat aanvragen te ruim worden gedaan, dat de voorschotten die de aanvraag plegen te volgen te hoog worden toegerekend en dat de daadwerkelijke kosten hiermee volledig gefinancierd kunnen worden.

8.13. De Afdeling komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat de door de Belastingdienst/Toeslagen gegeven redenen de bij het besluit van 7 november 2017 toegepaste lijn niet langer rechtvaardigen. Binnen het geldende wettelijke kader is het mogelijk tot een andere berekening te komen die minder ingrijpende gevolgen heeft. In het licht van het voorgaande heeft de Belastingdienst/Toeslagen onvoldoende gemotiveerd waarom hij geen aanleiding heeft gezien de voorschotten over 2014 en 2015 te herzien.

Het betoog slaagt.

8.14. Het gevolg van deze nieuwe uitleg van de wettelijke bepalingen is dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de kinderopvangtoeslagen meer mogelijkheden krijgt om in individuele gevallen maatwerk te leveren. Daarbij worden het belang van het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik en de gerechtvaardigde belangen van de burger meer met elkaar in evenwicht gebracht.

Slotsom

9. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. De Afdeling zal het beroep van [appellante] tegen het besluit van 7 november 2017 gegrond verklaren. Dat besluit komt wegens strijd met de artikelen 3:4, tweede lid, en 7:12 van de Awb voor vernietiging in aanmerking. De Belastingdienst/Toeslagen dient een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen. Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het nieuwe besluit slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

10. Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen het bezwaar van [appellante] opnieuw moet beoordelen, waarbij de dienst moet uitgaan van de nieuwe uitleg van artikel 1.7 van de Wko, zoals hiervoor beschreven onder 8.11. Als [appellante] het niet eens is met het nieuwe besluit op bezwaar, hoeft zij niet eerst in beroep bij de recht-

bank, maar mag zij meteen in beroep komen bij de Afdeling.

De Afdeling heeft geen aanleiding gezien het geschil definitief te beslechten, waarbij van belang is geacht dat het eerst aan de Belastingdienst/Toeslagen is om te beoordelen hoe hij het door de dienst gevolgde beleid in overeenstemming wil brengen met de thans gewijzigde jurisprudentie. Om de Belastingdienst/Toeslagen in staat te stellen zich hier goed over te beraden, zal de Afdeling de dienst een termijn van 26 weken geven om het nieuwe besluit op bezwaar te nemen.

11. Het ligt op de weg van de Belastingdienst/Toeslagen te bepalen hoe hij om zal gaan met andere gevallen waarin hij eerder heeft beslist dat geen recht bestaat op kinderopvangtoeslag omdat niet is aangetoond dat de kosten volledig zijn voldaan.

12. Van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen is niet gebleken.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 21 december 2018 in zaak nr. 17/6910;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de Belastingdienst/Toeslagen van 7 november 2017 (kenmerk BOB KO);

V. draagt de Belastingdienst/Toeslagen op om binnen 26 weken na de verzending van deze uitspraak een nieuw besluit te nemen en dit besluit bekend te maken;

VI. bepaalt dat tegen het door de Belastingdienst/Toeslagen te nemen nieuwe besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;

VII. gelast dat de Belastingdienst/Toeslagen aan [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 220,00 (zegge: tweehonderdentwintig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Noot

Deze annotatie bestaat uit twee delen.

Deel 1 is geschreven door E.J.E. Groothuis, redactielid RSV en werkzaam bij de Belastingdienst/Toeslagen.

Deel 2 is geschreven door P.J. Huisman en N. Jak. Pim Huisman is als universitair hoofddocent verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam en is raadsheer-plaatsvervanger in de CRvB. Niels Jak is

Senior Professional Support Lawyer bij Stibbe en verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Deel 1

Op 23 oktober 2019 hebben twee verschillende meervoudige kamers van de Afdeling uitspraken gedaan waarin ze terugkomen op een vaste lijn. De een gaat over de hardheid van de terugvordering van een [in dit geval:] (kinderopvang) toeslag. Zie ECLI:NL:RVS:2019:3536, hiervoor. De ander over de hardheid van het vervallen van het recht op kinderopvangtoeslag als een belanghebbende ook maar een klein deel van de opvangkosten niet heeft voldaan. De Belastingdienst/Toeslagen krijgt in beide gevallen de gelegenheid en de opdracht om meer maatwerk te verlenen. De jurisprudentie van de Afdeling op beide terreinen wordt in beide uitspraken fraai beschreven (waarnaar ik verwijst) en tevens, dat het herzien van de lijn van de Afdeling (mede) is ingegeven door huidige maatschappelijke aandacht voor de grote gevolgen die dergelijke herzieningen voor belanghebbenden hebben. Immers: bij gerommel met toeslagen zoals in het geval van ECLI:NL:RVS:2019:3536 (strafrechtelijke veroordeling van de houders van het gastouderbureau) ligt de verantwoordelijkheid voor de toeslagen op basis van de aanvraag toch in eerste instantie bij de belanghebbende. Hoewel deze niets van de toeslag gezien hoeft te hebben omdat al het geld naar de opvang is gegaan, wordt vervolgens die belanghebbende wel geconfronteerd met een terugvordering die soms in de tienduizenden euro's loopt zoals hier. Vanaf 2014 kan de Belastingdienst/Toeslagen daarvoor een derde, waaronder de houder van een kinderopvangorganisatie, op grond van artikel 33 Awir, aansprakelijk stellen. De nihilstelling van de kinderopvangtoeslag mag dan terecht zijn, bij de terugvordering bij de belanghebbende moet de Belastingdienst/Toeslagen er in het vervolg rekening mee houden dat de nadelige gevolgen van dat besluit voor een belanghebbende niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen. Dat zal vaak niet gemakkelijk te motiveren zijn bij een terugvordering die op zichzelf gezien, terecht is (zoals hier), en in een situatie dat er ook nauwelijks sprake was van opvang. Op min of meer dezelfde wijze maakt de Afdeling het ook bij de kosten kinderopvang noodzakelijk dat er een belangenafweging op grond van artikel 3:4 Awb wordt gemaakt wanneer iemand niet de volledige kosten kinderopvang heeft gemaakt. Dat zal er al snel op neerkomen dat de Belastingdienst/Toeslagen de kosten kinderopvang dan gaat vaststellen op de werkelijk betaalde kosten

in plaats van op de geclaimde kosten van de jaaropgave. De Belastingdienst/Toeslagen heeft onder andere aangegeven dat het proportioneel vaststellen burgers er toe kan verleiden om hogere kosten op te voeren dan er daadwerkelijk zijn gemaakt, wat bijvoorbeeld al het geval is wanneer een kinderopvanginstelling genoeg neemt met de ontvangen kinderopvangtoeslag en niet achter de eigen bijdrage van de belanghebbende aan zit. Wanneer de Belastingdienst/Toeslagen niet controleert heeft de opvang de belanghebbende vervolgens niets gekost. Controleert de Belastingdienst/Toeslagen de belanghebbende wel dan leidt de proportionele vaststelling er toe dat de belanghebbende als het ware een vervangende eigen bijdrage aan de Belastingdienst moet gaan afdragen. De werkelijk betaalde opvangkosten (stel: gelijk aan de ontvangen kinderopvangtoeslag) worden dan immers de maatstaf voor het berekenen van de kinderopvangtoeslag en die is altijd lager dan de ontvangen kinderopvangtoeslag. Per saldo is dat wat wel wordt genoemd een loterij zonder nieten. De Afdeling is evenwel van dit, en andere door de Belastingdienst/Toeslagen genoemde bezwaren, niet onder de indruk. Hoewel de Afdeling daar niet naar verwijst heeft de Belastingdienst/Toeslagen naar mijn mening met het boete-instrument nog wel mogelijkheden om de belanghebbende in die gevallen te sanctioneren. Dat zou dan rechtvaardig en terecht zijn en in ieder geval leiden tot heel wat meer proportionaliteit dan het door belanghebbenden terug laten betalen van de volledige kinderopvangtoeslag waarvan het geld wel aan de opvangkosten is besteed. Nu de betaalde kosten kinderopvang een belangrijke rol gaan spelen is de vraag of de Regeling wet kinderopvang ook in die zin aangepast gaat worden. Omdat de factuur- en betaalstromen bij kinderopvanginstellingen vaak gescheiden stromen zijn is aanpassing op daarvan op korte termijn niet waarschijnlijk omdat dit zou leiden tot een flinke administratieve belasting bij de ondernemers.

De meervoudige kamer die tot een andere lijn kwam bij de beoordeling van het recht op kinderopvang op basis van de werkelijk betaalde kosten had ook kunnen verwijzen naar de uitspraak over het maatwerk bij de terugvordering. Dan zou de uitspraak zijn geweest dat het niet (meer) proportioneel is dat de Belastingdienst/Toeslagen een bedrag bij de belanghebbende terugvordert dat geheel aan opvang is uitgegeven (dus het doel heeft gediend waarvoor het bedoeld was). Dat ze dat niet hebben gedaan en de stap hebben gemaakt naar het proportioneel toekennen van kinderopvangtoeslag is beslist een bewuste keuze. De juiste vaststelling van het recht gaat vóór een oordeel over de juistheid van de terugvordering.

De Belastingdienst/Toeslagen zal bij (nog) lopende voorschotten de uitspraken moeten gaan toepassen en het maatwerk moeten gaan leveren. Bij reeds vaststaande definitieve toeslagen geldt hetzelfde als daarvoor tijdige bezwaren lopen. Verzoeken om herziening buiten de termijn kunnen alleen binnen 5 jaren na afloop van het berekeningsjaar (artikel 5a Uitvoeringsregeling Awir) en stuiten in beginsel af op letter b van datzelfde artikel omdat geen rekening gehouden hoeft te worden met jurisprudentie die tot stand kwam na het moment dat de toeslag onherroepelijk vast is komen te staan. Er is een uitweg: de Minister van Financiën mag daarop, in overleg met de overige Ministers (voor de kinderopvangtoeslag de Minister van Sociale Zaken), een uitzondering op maken. Op 17 december 2019 (kenmerk 2019-0000215312) is als bijlage 6 bij de kamerbrief over compensatie aan ouders in de CAF 11 zaak een (voorgenomen) beleidsbesluit van de staatssecretaris gepubliceerd over het proportioneel vaststellen van de toeslag in combinatie met regels over tijdige betaling en een goedkeuring in het geval van een betalingsregeling. Die drie kunnen niet zonder elkaar. Wanneer Belastingdienst/Toeslagen vaststelt dat een ouder niet de volledige opvangkosten heeft betaald kan het zijn dat de ouder nog tijd heeft om die kosten alsnog te betalen (b.v. wanneer dit in het lopende jaar wordt gconstateerd) en dat ook nog van plan is. Dat roept de vraag op tot welk tijdstip zo'n ouder dan de tijd heeft om alsnog alle opvangkosten te voldoen. Daarover merkt de staatssecretaris op dat hij de termijn van 1 maart na afloop van het jaar zoals die geldt voor gastouderbureaus ook wil laten gelden voor de overige kinderopvanginstellingen. Dat is dus een voornemen om de Regeling wet kinderopvang op dit punt in die zin te wijzigen. Bij een schriftelijk met de kinderopvangorganisatie gesloten betalingsregeling vóór 1 maart na afloop jaar die de ouder nakomt en die maximaal 1 jaar loopt, mag ook nog na die datum worden betaald. Wordt aan de gestelde voorwaarden niet voldaan dan wordt het recht op kinderopvangtoeslag uiteindelijk proportioneel vastgesteld. In voorkomende gevallen kan dit er toe leiden dat Belastingdienst/Toeslagen de vaststelling van een definitieve toeslag moet aanhouden tot na de 6 maandstermijn (na vaststelling laatste aanslag IB) van artikel 19, eerste lid, Awir omdat deze betalingstermijn nog loopt. In bijzondere gevallen als de onvoldoende betaling niet aan de ouder te wijten is, mag Belastingdienst/Toeslagen ook nog afwijken van de bij de betalingsregeling gestelde voorwaarden. Waarschijnlijk heeft de staatssecretaris daarbij het oog gehad op de op 3 juli 2019 verschenen uitspraak van de Afdeling over een maandbetaling die pas drie jaar na dato werd vol-

daan (zie: ECLI:NL:RVS:2019:2211 – besproken in RSV 2019/207). Hoewel bij bijlage 6 van de Kamerbrief van 17 december 2019 bij het beleidsbesluit in de titel wordt gesproken over proportioneel terugvorderen gaat het daar (nog) niet over. Dat moet een verschrijving zijn omdat de titel blijkt te zijn: Verzamelbesluit Toeslagen. De aanpak van proportioneel terugvorderen geschiedt voorschots in opdracht van de staatssecretaris aan de hand van de door de Afdeling gedane uitspraak casuïstisch (zie b.v. ECLI:NL:RVS:2019:4069 waarin Belastingdienst/Toeslagen de terugvordering niet hoefde te matigen) en daarover zal de Tweede Kamer nog op een later tijdstip worden geïnformeerd. Ook wordt (nog) geen uitzondering gemaakt regel dat nieuwe jurisprudentie geen aanleiding is om op reeds vastgestelde zaken terug te komen. Voor (veel) meer hierover zie onderdeel 2 van deze noot door P.J. Huisman en N. Jak hierna.

E.J.E. Groothuis

Deel 2

1. Inleiding

De wijze van toetsing van besluiten door de bestuursrechter hangt nauw samen met de beslissingsruimte die een bestuursorgaan heeft bij het nemen van besluiten. Zo blijkt ook uitdrukkelijk uit de twee uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 23 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536) waar deze annotatie over gaat. Het belang van deze beide uitspraken is dat daarin duidelijk naar voren komt dat als de rechter zijn interpretatie herzielt van de beslissingsruimte die het bestuursorgaan heeft, dit vervolgens doorklinkt in de rechterlijke toetsing. In deze noot wordt ingegaan op de aspecten die gaan over beslissingsruimte die het bestuursorgaan heeft en de daarmee corresponderende toetsing door de rechter. Daarbij betrekken wij ook de mogelijkheid tot het bieden van maatwerk aan de burger.

2. Beslissingsruimte en rechterlijke toetsing: toetsing op maat en indringender toetsing
In de bestuursrechtelijke literatuur onderscheidt men verschillende soorten beslissingsruimte, waaraan men verschillende gevolgen voor de rechterlijke toetsingsintensiteit koppelt (zie onder meer R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 110-123). Als het wettelijk voorschrift waarin een bestuursbevoegdheid aan een bestuursorgaan wordt toegekend het aan het bestuursorgaan toevertrouwt zich een oordeel te vormen over de kwalificatie van

de feiten in het licht van het wettelijke toepassingscriterium, dan spreekt men van *beoordelingsvrijheid* en dient de rechter de feitenkwalificatie terughoudend te toetsen (in plaats van een terughoudende toetsing spreekt men ook wel van een *marginale toetsing*). Dit ligt anders als het wettelijk voorschrift enige vaagheid laat in het toepassingscriterium, maar het niet de bedoeling van de wetgever is geweest het bestuursorgaan beoordelingsvrijheid te geven; soms kan de wetgever het toepassingscriterium bijvoorbeeld simpelweg niet scherper formuleren. Van vrijheid voor het bestuursorgaan om zich een oordeel te vormen over de feitenkwalificatie kan in dat geval niet worden gesproken. Het bestuursorgaan heeft in die situatie slechts *gebonden (of: objectieve) beoordelingsruimte* en de bestuursrechter toetst de feitenkwalificatie vol. Als aan de toepassingscriteria is voldaan, rijst de vraag of het bestuursorgaan de bevoegdheid moet of kan uitoefenen. Heeft het bestuursorgaan op grond van het bevoegdheidsverschaffende wettelijke voorschrift de ruimte om op basis van een belangenafweging een keuze te maken, dan heeft het *beleidsvrijheid*. Het bestuursorgaan kan wanneer het over beleidsvrijheid beschikt een keuze maken of en hoe het de bevoegdheid gaat uitoefenen als aan het toepasselijkheidscriterium is voldaan. Het is aan het bestuursorgaan om daarbij de betrokken belangen af te wegen en deze belangenafweging mag niet onevenredig zijn. De belangenafweging wordt terughoudend getoetst door de rechter.

De hiervoor geschetste dogmatische indeling heeft de charme van eenvoud en biedt houvast, maar niet uit het oog moet worden verloren dat deze indeling slechts een indicatie geeft van wat de rechterlijke toetsingsintensiteit behelst. Onder omstandigheden kan dit bijgesteld worden: in dit verband wordt wel gesproken van toetsing op maat of maatwerk door de rechter (zie onder meer: R. Ortlep & W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', AA 2018, p. 20 e.v.). Er is naar onze mening een aantal gezichtspunten die behulpzaam kunnen zijn bij het nader bepalen van de rechterlijke toetsingsintensiteit en deze kunnen bijstellen (meer of juist minder terughoudend), te weten: de ingrijpende gevolgen die een besluit kunnen hebben (eventueel in samenhang met fundamentele rechten die in het geding kunnen zijn), het uitgangspunt van definitieve geschilbeslechting, de aard van het geschil (meer specifiek of er derden-belanghebbenden bij het geschil zijn betrokken) en de feitelijke complexiteit van de zaak (waaronder de mate van vereiste deskundigheid). Zie nader P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor

de rechterlijke toetsingsintensiteit', NTB 2019/20, in het bijzonder p. 219-221.

De laatste jaren gaat betrekkelijk veel aandacht uit naar de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter. Deze aandacht is vooral gegeneerd door het preadvies van Hirsch Ballin uit 2015 voor de Vereniging voor bestuursrecht (VAR) waarin hij pleit voor een minder terughoudende opstelling van de bestuursrechter bij zijn toetsing. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.H.M. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, in het bijzonder p. 36 e.v. Hierop, maar dat is onze observatie, lijkt de Raad van State te reageren in zijn jaarverslagen over de jaren 2015-2017, door te spreken over een 'indringender toetsing door de bestuursrechter' en door wijzigingen door te voeren in de terminologie die men hanteert. De term 'marginale toetsing' wordt in de ban gedaan, met als reden dat deze een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert. Daar blijft het niet bij, want ook wordt afgestapt van de term 'vrijheid' in de dogmatische termen 'beleidsvrijheid' en 'beoordelingsvrijheid'. De voorkeur wordt gegeven aan de termen 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte'. De reden die de Raad van State hiervoor noemt, is dat geen enkel gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid geheel vrij is, maar dat dit gebruik steeds gebonden is aan de regels van het recht. Zie: Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61. Overigens zijn de andere hoogste bestuursrechters de Afdeling (nog) niet gevolgd in een overstap naar deze nieuwe terminologie. Hamvraag is natuurlijk of daadwerkelijk sprake is van een indringender toetsing door de Afdeling. Op zichzelf leidt een vernieuwde terminologie daar niet toe. Dat neemt niet weg dat er wel hernieuwde aandacht is voor een toetsing aan het recht, meer in het bijzonder voor de toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur, hetgeen met zich kan brengen dat op intensieve(re) wijze wordt getoetst of een besluit zorgvuldig is voorbereid en deugdelijk is gemotiveerd. Onder omstandigheden kan er ook aanleiding zijn om een terughoudende toetsing te intensiveren (of zelfs van een terughoudende toetsing af te zien en over te gaan tot een volle toetsing), bijvoorbeeld omdat het besluit ingrijpende gevolgen voor de betrokken burger heeft dan wel fundamentele rechten in het geding zijn. Zie uitgebreid Huisman & Jak 2019, p. 212 e.v.

In de hiervoor aangehaalde actuele discussie over een indringendere of intensievere toetsing door de bestuursrechter gaat vooral de aandacht uit naar de vraag of, wanneer een bestuursorgaan beoordelings- of beleidsvrijheid heeft, de

reeds bestaande terughoudende toetsing door de bestuursrechter indringender of intensiever is geworden (en voor zover dat nog niet het geval is of het indringender of intensiever zou moeten worden). In de uitspraken waar deze aanvullende annotatie op ziet, gebeurt net even iets anders: de Afdeling oordeelt dat de Belastingdienst/Toeslagen bij twee verschillende bevoegdheden in de sfeer van de kinderopvangtoeslag beleidsvrijheid heeft, en herziert haar bestendige lijn op dit punt, want eerder oordeelde de Afdeling juist dat geen sprake was van beleidsvrijheid. Overigens hanteert de Afdeling in beide uitspraken noch de dogmatische term 'beleidsvrijheid', noch haar nieuwe term 'beleidsruimte', maar heeft het in dit verband (in ieder geval in de zaak ECLI:NL:RVS:2019:3536) over 'discretionaire ruimte'.

3. De Afdeling gaat 'om' bij kinderopvangtoeslag: hernieuwde interpretatie beslissingsruimte

Of een bestuursorgaan beslissingsruimte bij een bestuursbevoegdheid heeft en hoever die ruimte reikt, volgt uit de wettelijke bepaling waarin de bevoegdheid aan het bestuursorgaan wordt gegeven. Het komt voor dat de wettekst duidelijk is op dit punt, bijvoorbeeld doordat bepaalde signaalwoorden zijn gebruikt door de wetgever. Zo is beleidsvrijheid vaak te herkennen aan een zogenoemde 'kan'-bepaling in de wet: 'het bestuursorgaan kan als aan de toepassingscriteria is voldaan de bevoegdheid uitoefenen'. Maar het komt ook voor dat de wettekst dergelijke signaalwoorden niet bevat en het niet geheel duidelijk is over welke beslissingsruimte het bestuursorgaan beschikt, waardoor het ook onduidelijk kan zijn hoever de toetsingsintensiteit van de rechter strekt. In dat soort gevallen vergt het een interpretatie van de bevoegdheidsbepaling (door de rechter) om duidelijk te krijgen welke beslissingsruimte het bestuursorgaan heeft en welke toetsingsintensiteit van de rechter daarbij past. Factoren die bij deze interpretatie van belang zijn, zijn: wat is af te leiden uit de tekst van de bevoegdheidsbepaling zelf, hoe verhoudt de bevoegdheidsbepaling zich tot het wettelijke kader waarin deze bepaling is opgenomen en wat valt daar uit af te leiden, laat de parlementaire geschiedenis bij de bevoegdheidsbepaling zich uit over mate van beslissingsruimte die het bestuursorgaan heeft en de (maatschappelijke) impact die een bepaalde interpretatie heeft dan wel zal hebben. Deze laatste factor blijkt in de uitspraken waar deze aanvullende annotatie betrekking op heeft bepalend voor de Afdeling om bij twee verschillende bevoegdheden van het bestuursorgaan in de sfeer van de kinderopvangtoeslag terug te komen op haar interpretatie van de

beslissingsruimte die het bestuursorgaan heeft. Kort gezegd leidde de oude bestendige lijn ertoe dat het bestuursorgaan geen ruimte had voor een belangenafweging bij de vaststelling van het recht respectievelijk de terugvordering. De rigide toepassing van de bevoegdheden waar de oude bestendige lijn toe dwong, leidde vervolgens op grote schaal tot ernstige financiële gevolgen voor grote aantallen burgers, reden waarom de Afdeling haar interpretatie van de beslissingsruimte herziert en nu wel uitdrukkelijk ruimte ziet voor een belangenafweging door het bestuursorgaan, waardoor ruimte voor maatwerk door het bestuursorgaan ontstaat. Hierna wordt de koerswijziging aan de hand van de twee uitspraken van 23 oktober 2019 nader uitgelicht; het punt van maatwerk door het bestuursorgaan bespreken wij afzonderlijk onder randnummer 4.

In de zaak ECLI:NL:RVS:2019:3535 gaat het om de interpretatie van artikel 1.7, eerste lid, Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (voorheen artikel 7, eerste lid, Wet kinderopvang), waarin is bepaald dat de hoogte van de tegemoetkoming afhankelijk is van de draagkracht en de hoogte van de kosten van de kinderopvang. Volgens de oude bestendige lijn van de Afdeling volgt uit artikel 18 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, gelezen in samenhang met artikel 1.7, eerste lid, aanhef en onder b Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen, dat degene die kinderopvangtoeslag ontvangt moet kunnen aantonen dat hij kosten voor kinderopvang heeft betaald en wat de hoogte daarvan is. Om voor deze toeslag in aanmerking te komen moet worden aangetoond dat het gehele bedrag aan kosten is betaald. Is een deel van de kosten aantoonbaar betaald, dan kan geen aanspraak worden gemaakt op een lagere tegemoetkoming. De Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen biedt de Belastingdienst/Toeslagen, volgens de oude lijn van de Afdeling, geen ruimte bij de vaststelling rekening te houden met dat deel van de kosten dat wel aantoonbaar is betaald. Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610. Uit deze jurisprudentie volgt dat er geen recht op kinderopvangtoeslag is als de ouder maar van een deel van de kosten heeft aangetoond dat zij is voldaan. Dit leidde tot een alles-of-niets-benadering bij het toekennen van kinderopvangtoeslag. Hierop komt de Afdeling terug in haar uitspraak van 23 oktober 2019: de Afdeling legt artikel 1.7 lid 1 vanaf deze uitspraak zo uit dat uit deze bepaling wordt afgeleid dat het bestuursorgaan wettelijk gezien ruimte heeft om ook een recht op kinderopvangtoeslag vast te stellen als de aanvrager een deel van de kosten van kinderopvangtoeslag heeft voldaan. Er vindt aldus een verschuiving plaats van geen

ruimte voor een belangenafweging door het bestuursorgaan, naar juist wel ruimte daarvoor, hetgeen (in beginsel) een terughoudende toetsing van deze belangenafweging aan het evenredigheidsbeginsel door de rechter met zich brengt. Uiteraard dient deze afweging zorgvuldig plaats te vinden en te worden gemotiveerd door het bestuursorgaan; hetgeen ook (en wel intensief) kan worden getoetst door de rechter.

In de zaak ECLI:NL:RVS:2019:3536 draait het om de interpretatie van artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen. Volgens de oude bestendige lijn schrijft dit artikel 'imperatief voor dat indien een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag in zijn geheel verschuldigd is' (zie ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4179). In haar uitspraak van 23 oktober 2019, komt de Afdeling hierop terug en oordeelt zij dat in artikel 26 weliswaar een betalingsverplichting van de belanghebbende is neergelegd, maar dat hierin *niet* imperatief is voorgeschreven dat het bestuursorgaan het gehele bedrag van de belanghebbende moet terugvorderen. Volgens deze nieuwe interpretatie van de Afdeling biedt deze bepaling het bestuursorgaan discretionaire ruimte bij de vaststelling van het bedrag dat wordt teruggevorderd. Ook hier is er een verschuiving van geen ruimte voor een belangenafweging door het bestuursorgaan, naar juist wel ruimte daarvoor, hetgeen ook een verandering met zich brengt in de (wijze van) toetsing door de rechter.

Wanneer een bepaalde wetsinterpretatie in een bestendige lijn in de jurisprudentie leidt tot ernstige (financiële) consequenties voor vele burgers dan kan dit een reden vormen voor de Afdeling om op deze lijn terug te komen, zo valt uit de uitspraken van 23 oktober 2019 op te maken. Men zou dit kunnen duiden als een 'meta-evenredigheidsoverweging': niet (zozeer) de (on) evenredigheid op het niveau van een individuele zaak, maar op zaaksoverstijgend niveau doet de Afdeling overwegen haar koers te wijzigen.

De handelwijze van de Afdeling schurkt sterk aan tegen een 'corrigerende interpretatie' van wetgeving om zodoende onbillijke beslissingen te voorkomen. De vraag dringt zich op of de constitutionele beperkingen die aan een dergelijke interpretatie kleven in dit geval niet zijn overschreden. Is misschien sprake van een 'gekunstelde interpretatie' die te ver van de wettekst en wetsgeschiedenis afstaat waardoor de nieuwe interpretatie wellicht onaanvaardbaar is? De redactie van Vakstudie Nieuws meent dat de wettekst en parlementaire geschiedenis geen aanleiding gaven voor de eerdere strenge jurisprudentielijn van de Afdeling (V-N 2019/52.20 en

V-N 2019/52.21). Desalniettemin zou misschien in gevallen als deze ook een billijkheidsuitzondering uitkomst kunnen bieden. Zie F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 83 e.v. en p. 432 e.v. Wij komen daarop later nog terug.

Een zaaksoverstijgende evenredigheidstoets is trouwens steeds vaker te zien in de rechtspraak van de Afdeling. Te denken valt aan de gewijzigde toepassing door de Afdeling van de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb (ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *JB Select* 2019, nr. 8, m.nt. T. Barkhuysen & N. Jak). Ook wanneer een omstandigheid in algemene zin is verdisconteerd bij het opstellen van een beleidsregel, kan zo'n omstandigheid, anders dan voorheen, in het individuele geval aanleiding zijn om van de beleidsregel af te wijken wanneer die omstandigheid tot onevenredige gevolgen voor de burger leidt. Een vergelijkbare benadering zien we terug bij de manier waarop de Afdeling met hardheidsclausules in wetgeving omgaat (ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1335, *AB* 2019/367, m.nt. W. den Ouden).

Verder zien we bijvoorbeeld dat de bestuursrechter vanuit billijkheidsoverwegingen de scherpe kantjes afslijpt van formele dogmatische rechtsregels die hij in de afgelopen decennia in zijn rechtspraak heeft ontwikkeld. Zo wordt de leer van de formele rechtskracht in toenemende mate gerelativeerd. Zie T. Barkhuysen, 'Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht', *NJB* 2019/2415.

4. Maatwerk bestuursorgaan en burger perspectief

De aanpassing op het 'metaniveau' heeft natuurlijk ook gevolgen in concrete gevallen, zo blijkt reeds duidelijk uit beide uitspraken van de Afdeling van 23 oktober 2019. De Belastingdienst/Toeslagen had namelijk een belangenafweging moeten maken en de uitkomst daarvan voldoende moeten motiveren. In beide zaken oordeelt de Afdeling dat van een onvoldoende motivering sprake is; in de uitspraak ECLI:NL:RVS:2019:3535, r.o. 8.13 oordeelt de Afdeling dat het binnen het geldende wettelijke kader mogelijk is te komen tot een andere berekening die minder ingrijpende gevolgen heeft en in de uitspraak ECLI:NL:RVS:2019:3536, r.o. 5.14 oordeelt de Afdeling zelfs dat onverkorte terugvordering onder de omstandigheden van dat geval onevenredig is. In beide gevallen vernietigt de Afdeling het voorliggende besluit wegens strijd met artikelen 3:4 lid 2 en 7:12 Awb. De Belastingdienst/Toeslagen dient het bezwaar in beide zaken te heroverwegen met in achtname van de nieuwe interpretatie van het wettelijk kader.

Kortom, de bestuursrechter creëert voor het bestuursorgaan de ruimte om op het individuele niveau een evenredig besluit te nemen, of zo u wilt: *maatwerk* te leveren. We zien dat de Belastingdienst/Toeslagen daar ook al werk van maakt. Naar aanleiding van de uitspraak ECLI:NL:RVS:2019:3535 heeft de staatssecretaris van Financiën het Verzamelbesluit Toeslagen opgesteld waarin wordt aangegeven hoe de kinderopvangtoeslag wordt vastgesteld wanneer een ouder over een berekeningsjaar de kosten van kinderopvang niet volledig heeft betaald. Dit besluit beoogt het recht op kinderopvangtoeslag proportioneel vast te stellen. Zie Kamerbrief 17 december 2019 (kenmerk 2019-0000215312), p. 2-3 en bijlage 6. In deze Kamerbrief schrijft de staatssecretaris ook dat hij de Belastingdienst opdracht heeft gegeven de ruimere interpretatie van de wet in ECLI:NL:RVS:2019:3536 in de praktijk toe te passen en dat de Tweede Kamer daarover later wordt geïnformeerd (p. 3-4).

De belangenafweging die het bestuursorgaan moet maken, wordt getoetst door de bestuursrechter. Het gaat hier om een evenredigheidstoetsing op het 'microniveau' van het door het bestuursorgaan genomen besluit. In de literatuur is er al meermaals op gewezen dat de door het Hof van Justitie van de EU gehanteerde drieslag 'geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *stricto sensu*' hier goede diensten kan bewijzen voor een verdere verfijning van de toetsing door de Nederlandse bestuursrechter aan het Nederlandse evenredigheidsbeginsel zoals bedoeld in artikel 3:4 lid 2 Awb (zo ook Huisman & Jak 2019, p. 218). Dat betekent niet per se een meer indringende toetsing door de rechter. Een meer indringende toetsing kan wel op zijn plaats zijn wanneer het betrokken besluit ingrijpende gevolgen heeft of wanneer fundamentele rechten in het geding zijn. Zo zou de bestuursrechter de belangenafweging door de Belastingdienst/Toeslagen minder terughoudend kunnen toetsten omdat het betrokken toeslagenbesluit ingrijpende gevolgen heeft voor de financiële positie van de burger. Ook de aard van het geschil speelt een rol. In een tweepartijen geschil is meer ruimte voor een intensievere toetsing dan in het geval er ook derdenbelangen betrokken zijn (Huisman & Jak 2019, p. 291-220). Wij zouden menen dat het bestuursorgaan juist in tweepartijengeschillen het 'burgerperspectief' meer centraal kan stellen en 'maatwerk' jegens de burger kan leveren, waardoor, in de woorden van Scheltema, een 'responsieve rechtsstaat' tot zijn recht kan komen (M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24). De toeslagengeschillen lenen zich hier bij uitstek voor.

5. **Maatwerk door de wetgever**
Een speler die we tot nog toe niet hebben genoemd, is de wetgever. Hij kan, net als de bestuursrechter, de voorwaarden scheppen waarbinnen het bestuursorgaan een maatwerkbesluit kan nemen. De wetgever doet dat ook, juist als het gaat om bestuurlijke geldschulden. De Minister voor Rechtsbescherming heeft aangekondigd dat wordt overwogen om in de Algemene wet bestuursrecht een bevoegdheid voor bestuursorganen op te nemen tot kwijtschelding van bestuurlijke geldschulden (*Kamerstukken II* 2017/18, 24515, 431, bijlage I, p. 8). In een Kamerbrief van 13 november 2019 is duidelijk geworden dat concreet het voornemen is 'om in de Awb een kwijtscheldingsbevoegdheid op te nemen voor de gevallen waarin de bijzondere wet niets regelt. In dat geval heeft het bestuursorgaan de mogelijkheid om een schuld kwijt te schelden als de nadelige gevolgen van de invordering onevenredig zijn in verhouding tot de met de invordering te dienen doelen.' Het doel is om het wetsvoorstel zo snel mogelijk bij de Tweede Kamer in te dienen. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 24515, 499, p. 6.

In dit licht is ook vermeldenswaard het voorstel van Scheltema tot introductie van een nieuw artikel 3:4a Awb (M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *Regelmaat* 2018 (33), 3, p. 128). Op grond van deze bepaling kan het bestuursorgaan van een wettelijke regel afwijken wanneer toepassing van die regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt. Afwijken kan dan voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen. De gedachte achter deze bepaling is dat wettelijke regels zijn geschreven voor een algemene situatie waarbij een abstracte belangenafweging heeft plaatsgevonden. Doorgaans pakt dat goed uit, maar het kan in een individueel geval zijn dat de toepassing van de rechtsregel onevenredig uitwerkt. Dat kan zich vooral voordoen bij dwingende wettelijke regels (gebonden bevoegdheden), waarbij artikel 3:4 lid 2 Awb geen soelaas biedt. In dat geval moet het bestuursorgaan de mogelijkheid hebben van de wettelijke regel af te wijken. Het aantrekkelijke van deze benadering, waarbij een uitzondering op de regel wordt aangenomen, is dat de bestuursrechter zich niet hoeft te begeven op het glibberige terrein van de hiervoor genoemde 'corrigerende interpretatie' zoals in de hier geannoteerde uitspraken.

6. **Maatwerk voor oude gevallen**

Deze annotatie staat in het teken van rechterlijke toetsingsintensiteit en het leveren van maatwerk door bestuursrechter, wetgever en bestuursorgaan. Een vraag die nog boven de markt hangt,

is hoe moet worden omgegaan met eerdere in rechte onaanastbaar geworden besluiten met betrekking tot kinderopvangtoeslag in het licht van de koerswijzigingen van de Afdeling. In de uitspraken overweegt de Afdeling dat het op de weg ligt van de Belastingdienst/Toeslagen om te bepalen hoe hij om zal gaan met andere gevallen waarin hij eerder heeft beslist dat geen recht bestaat op kinderopvangtoeslag omdat niet is aangetoond dat de kosten volledig zijn voldaan (ECLI:NL:RVS:2019:3535, r.o. 11) en andere gevallen waarin hij eerder heeft beslist over de terugvorderingen (ECLI:NL:RVS:2019:3536, r.o. 8). Uit de hiervoor genoemde Kamerbrief van 17 december 2019 blijkt dat hieraan nog wordt gewerkt. Voor de herziening van onherroepelijk geworden toeslagen in het licht van daarna gewijzigde jurisprudentie bevat artikel 5a, aanhef en onder b, Uitvoeringsregeling Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen overigens een specifieke regeling. Zie ter zake de annotatie van Groothuis hiervoor en de annotatie van de redactie van Vakstudie Nieuws in V-N 2019/52.20.

P. Huisman en N. Jak

RSV 2020/23

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

20 november 2019, nr. 201900316/1/A2
(Mrs. C.J. Borman, H.C.P. Venema, A. Kuijer)
m.nt. mr. E.J.E. Groothuis

Art. 4 Awir

ECLI:NL:RVS:2019:3895

Kinderen 2,67 dagen/week bij vader per drie weken. Geen twee huishoudens

Scheiding in 2013: er zijn twee kinderen. Vanaf maart 2015 hebben ze hun hoofdverblijfplaats bij de vader. Vanaf 6 februari 2016 zijn de zorg- en opvoedingstaken verder verdeeld en is bepaald dat de kinderen steeds twee opvolgende weekenden bij belanghebbende verblijven en daarna een weekend bij de vader. Verder verblijven ze in de vakanties 50-50 bij beiden. Belanghebbende vroeg kinderopvangtoeslag. De omgangsregeling betreft drie weken. In die weken zijn de kinderen 2,67 dagen bij belanghebbende. Dat is onvoldoende om te kunnen spreken van het behoren tot twee huishoudens. De verdedigingslijn van belanghebbende is, dat ze meent dat ook de vakantiedagen meegerekend moeten worden. Ze komt dan op 157 dagen op jaarbasis en dat is 3,02 dagen omgerekend per week. De Afdeling verwijst naar ECLI:NL:RVS:2018:3626 en merkt

op dat met het woord “doorgaans” (in art. 4, Awir) wordt bedoeld dat uit de afspraken moet blijken dat volgens een vast patroon zowel de ene ouder als de andere ouder ten minste drie dagen per week de zorg over het kind heeft. De toevoeging “doorgaans” duidt er op dat daaraan niet in alle weken van het jaar, bijvoorbeeld in de vakanties en bij bijzondere gebeurtenissen, behoefte te worden voldaan, maar wel dat deze afwijkingen niet substantieel mogen zijn. Dit betekent dat bij de beoordeling of is voldaan aan de in artikel 4, tweede lid, van de Awir vervatte eis, B/T als regel mag uitgaan van het reguliere weekelijkse verblijf. B/T hoeft derhalve niet uit te gaan van een op basis van de feitelijke verzorgingsdagen in het betreffende jaar berekend gemiddeld aantal verblijfsdagen per week. De Afdeling constateert hier een drieweekse cyclus. Er zijn geen bijzondere redenen om daarvan af te wijken. De verdeling tijdens de vakanties is 50-50 en dat wijkt niet substantieel ten voordele van belanghebbende af waarvoor B/T mocht uitgaan van de reguliere cyclus van drie weken.

Uitspraak op het hoger beroep van:

[Appellante],

tegen

De uitspraak van de rechtbank Gelderland van 30 november 2018 in zaak nr. 18/3193 in het geding tussen:

[Appellante],

en

De Belastingdienst/Toeslagen.

Procesverloop

Bij besluit van 5 februari 2018 heeft de Belastingdienst/Toeslagen het verzoek van [appellante] om herziening van het besluit van 22 oktober 2017, waarbij haar voorschot kinderopvangtoeslag over 2017 is vastgesteld op 6.580,00, afgewezen.

Bij besluit van 8 mei 2018 heeft de Belastingdienst/Toeslagen het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 30 november 2018 heeft de rechtbank het door [appellante] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De Belastingdienst/Toeslagen heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 8 oktober 2019, waar [appellante], bijgestaan door mr. H.C. van der Weide, advocaat te Enschede, en de Belastingdienst/Toeslagen, vertegenwoordigd door drs. J.G.C. van de Werken en mr. N. Mhamdi, zijn verschenen.